

AN ET QVATENVS
CERTITVDO CORPORIS
DELICTI
IN PROCESSV CRIMINALI
NECESSARIA SIT

ILLVSTRIS ICTORVM ORDINIS CONSENSV

PRAESIDE

DN. D. FERDIN. AVGVSTO
HOMMELIO

DE VERB. SIGNIF. ET REG. IVR. P. P. ORD.
ET FAC. IVR. ASSESS.

PRAECEPTORE OMNI HONORIS CVLTV
PROSEQVENDO

DISQVIRIT

AVCTOR

CHRISTIAN. FRIDER. IACOBVS IANVS

TORGAVIENS. MISEN.

D. XXIV. MENS. OCTOBR. CIOIOCCXXXVII.

LIPSIAE

LITTERIS BREITKOPFIANIS.



VIRIS
PRAENOBILISSIMIS, AMPLISSIMIS
CONSVLTISSIMO DOCTISSIMISQVE
DOMINO
D. CHRISTIANO GOTTLIEB
ROITZSCHIO
ICTO LIPSIENS. CELEBERRIMO,

NEC NON
DOMINO
DN. PHILIPPO FRIDERICO
MULLERO

POTENTISS. REG. POL. ET ELECT. SAXON.
SENATVS INTIMI SECRETARIO,
PATRONIS, FAVORIBVS ATQVE
PROPINQVIS

HOC QVALECVNQVE SPECIMEN
ACADEMICVM

CONSECRATVM CVPIIT

AVCTOR.

ALIAS

WILLIAM HENRY HARRIS

ALIAS

DOUGLAS

DOUGLAS

DOUGLAS

DOUGLAS

DOUGLAS

DOUGLAS

DOUGLAS

DOUGLAS

DOUGLAS

DOUGLAS

DOUGLAS

DOUGLAS

DOUGLAS

DOUGLAS

DOUGLAS

DOUGLAS

DOUGLAS

DOUGLAS

VIRI PRAENOBILISSIMI,
AMPLISSIMI, CONSVLTISSIME,
DOCTISSIMIQUE
PATRONI ET FAVTORES,
PIE COLENDI.



*In VESTRVM prodit conspe-
ctum, VIRI PRAENOBILIS-
SIMI studiorum specimen,
quibus hucusque, in hac mu-
sarum sede, vacare mihi licuit.
Fateor, tanta equidem cura, tanto ingenii
acumine, haud esse contextum, vt VESTRVM
mereatur suffragium atque patrocinium:
in hoc enim argumento, multa iudicis pru-
dentis laxo arbitrio legislatores concedi-
derunt, mirifice minima circumstantia
A 3 flectit*

*flectit causam, et ut paucis multa comple-
ctar, certa nonnunquam deficiunt princi-
pia; nihilominus tamen censui, nullam
occasionem esse praetermittendam, qua
multis modis obstrictissimum VOBIS, ani-
mum declarare possim. Hinc est, quod VE-
STRIS inscribere AMPLISSIMIS NOMINI-
BUS, quale quale laborum specimen, minus
dubitauerim; hac certa spe fretus, fore ut
conatus aequi bonique consulatis, existime-
tisque, me non deseruisse ea, quae iussit
religio, obsequium et obseruantia, qua
VOS colo venerorque. VESTRUM enim
me iuuandi studium, benignitas, consilia,
humanitas, pietatem auxerunt, qua pro-
pinquitas me VOBIS obstrinxit; quam si
ullo desererem modo, crimen vitiumque in-
gratissimi incurrerem hominis. Summa
itaque petiti submissi haec est: conseruate,
si mereor, animum propensissimum. Eget
mea musa Patronis, eget Fautoribus, eget
ami-*

*amicis; supplete, precor, horum partes,
succurrite consiliis, commendatione atque
fauore. Animaduertatis quantum potero,
faciam, in ingratum tanta haud collocasse
beneficia. Ceterum Praepotens Numen,
ut vos perpetuo saluos, in columnes, su-
perstitesque seris annis praestet, supplex
veneror.*

VIRI PRAENOBILISSIMI,
AMPLISSIMI CONSVLTISSE,
VESTRORVM
PRAENOBILISSIMORVM
NOMINVM

DEVINCTISSIMVS CLIENS
CHRISTIAN. FRIDER. IACOBVS IANVS.

CON.

CONSPECTVS DISSERTATIONIS.

- I. *Delicta non esse impunita, Reipublicae expedit.*
- II. *Processus inquisitorii indoles explicatur.*
- III. *Certitudinis C. D. definitio.*
- IV. 1) *Quaeritur an necessaria sit C. D. C. ad inquirendum.*
- V. *Argumentum pro negativa.*
- VI. *Novum argumentum.*
- VII. *Carpzovii sententia expenditur.*
- VIII. *Respondetur dubio, desumpto ex Resol. Grauum. d. a. 1609.*
- IX. *Aliud remouetur dubium ex L. I. C. ubi Caus. Fift. It. ex C. C. G. Artic. CLXI.*
- X. 2) *Quaeritur an Certitudo C. D. requiratur ad incarcerandum.*
- XI. *Banni Processus locum non habet nisi de corpore delicti constet.*
- XII. 3) *Quaeritur an necessaria sit Certitudo C. D. ad torquendum.*
- XIII. *Respondetur dubiis dissentientium.*
- XIV. *Carpzovii sententia expenditur.*
- XV. *Limitatur doctrina paragraphi 12.*
- XVI. 4) *Quaeritur an necessaria sit C. C. D. ad imponendam poenam?*
- XVII. *In delictis facti permanentis plenaria certitudo C. D. ad imponendam poenam requiritur quod exemplo homicidii et infanticidii declaratur.*
- XVIII. *In delictis facti transeuntis tanta quidem certitudo non requiritur aliqualis tamen notitia delicti commissi necessaria est.*
- XIX. *Id. in delictis occultis.*
- XX. *Potius distinguendum inter delicta Capitalia et non Capitalia, in his certitudo Corporis delicti ad infligendam poenam necessaria haud est, bene tamen in illis.*
- XXI. 5) *Qu. an certitudo C. D. necessaria sit ad executionem in effigie faciendam?*
- XXII. 6) *Qu. an certitudo Corporis Del. requiratur ad exasperandam poenam Capitalem?*



Q. D. B. V.

I.

R

eipublicae statum saluum et incolumem
esse vix posse, nisi condignis poenis cri-
mina coerceantur, et nocentes non di-
mittantur impuniti, nemo dubitat. Ne-
que tamen propterea inauditi aut post-
habito iusto processus ordine, malefici
condemnandi sunt ad supplicium; Ob-
seruato potius legitimo procedendi mo-
do, & non, nisi probato aut confesso crimine, poena condigna
afficiendos esse reos, aequitatis regulae suadent. Legitimo
enim tramite calumniantium iniquitates esse expellendas Im-
perator monet, *Princ. Inst. in Proem.* id quod cunctis moratio-
ribus populis in more positum fuisse nouimus. *vid. B. THOMAS*
MASIVS de orig. Proc. Inquis. §. 33. quos longa serie laudare,
neque instituti ratio, neque quaternionis spatium, permittere
videtur. Romanorum tamen mores, paucis saltem, vt attin-
gamus, a scopo haud erit alienum. Apud hos ergo quaedam
delicta priuata satisfactione, quaedam vero publica coercitio-
ne vindicabantur, ex quo enata diuisio: in publica crimina et
delicta priuata. Haec ciuili et priuata seu forensi actione, re-
gulariter expediebantur; illorum vero indagatiōi, proprius
prae-

B

praefinitus erat procedendi modus, processus scilicet accusatorius, qui ab actione & processu ciuili, mirum quantum erat diuersus; potissimum in eo, quod poena non actori, sed reipublicae adplicaretur, accusator de calumnia caueret, et nomen in crimen, quod vocabant, inscriberet; de quo sollemni processu Romanorum accusatorio in criminibus publicis, ex professo egit BRISSON. *Antiq. L. II. c. I.* GOTHOFREDVS ad *L. 8. D. de publ. iudic.* & Illustr. HEINECC. *Antiq. Tit. fin.* Exulabat itaque ex oris Romanorum Processus inquisitorius, Quiritibus quippe incognitus B. THOMAS. *de orig. Proc. Inq. §. 35.* vide tamen ANT. MATTH. *de Crim. Lib. XLVIII. Tit. 20.* et male pro vestigio eius habetur *L. 1. §. 8. D. de Offic. Praef. urb.* Hic enim conqueritur seruus de moribus domini non de delicto. Crimen namque Romanis haud erat, durius habere seruum, nec erat reipublicae hic satisfaciendum, nec praefectus Vrbi tali in causa inquirebat tanquam iudex, sed tanquam censor, de bonis ciuium moribus sollicitus, cum ei cura seruorum, eorumque contra insultus & crudelitatem dominorum defensio, esset concredita. *conf. BRVNNEMANNI Comment. ad leg. cit.* Igitur ex Iure Canonico potius, itemque Germanorum moribus, potissimum a Rugeiudiciis, medio aeuo in Germania vsitatis, inquisitionis origo petenda est. Licet vero hodie adhuc apud nos, quibusdam in ditionibus vigeat Processus accusatorii species, haec tamen a sollemni ista Romanorum accusatione, toto, quod aiunt, coelo, diuersa est, et ad naturam Processus ciuilis propius accedit; imo in Saxonia nostra & plerisque prouinciis aliis, penitus in desuetudinem abiit. Distinctio: inter priuata et publica crimina, (iniurias forte, si exceperis, quarum actio aestimatoria, adhuc frequentatur in quibusdam locis) certe in Germania nunquam fuit recepta; nobis potius delicta omnia uniformia sunt, eodemque procedendi modo in iudicio vindicantur.

II.

Ad inquisitorium igitur Processum, quod attinet, cuius ceu frequentioris potissimum rationem habebimus, diuidunt istum in sollemnem et minus sollemnem, cuius distinctionis effectus expendit BEYERVS in *Delin. Iur. Crim. Art. VI. pos. 5. sqq.* In sollemni; alia iterum inquisitio dicitur generalis, in qua iudex de facto ipso ingenere: an re vera contigerit, et a quo illud commissum? sollicitus est; & specialem, quae contra certam personam indicii grauata, suscipitur, et an haec perpetrati criminis rea sit? disquiritur. Ad hanc, quod attinet, eam ut plurimum antecedit realis in ius vocatio cum incarceratione coniuncta; sequitur inquisitio ipsa in specie sic dicta, quae, a responsione rei ad articulos, capit initium; Postea si veritas aliter haberi non possit, tortura decernitur; denique ipsa fertur et executioni datur sententia condemnatoria: ad quos singulos actus, plerique, si non omnes, iuris criminalis Doctores, certitudinem corporis delicti *neccessario* requirunt; quorum agmen ducit PROSPER. FARINACIUS *L. I. T. I. qu. I. n. I.* quem excipit NIC. REVSNERVS *De cjs. XXIV. n. 12.* BRUNNEMANNVS, STEPHANVS, alique a CARPZOVIO in *Prax. Crim. qu. CVIII.* magna copia citati, quibus ipse quoque CARPZOVIVS *quaest. cit. as-* sentitur. Plurimi laudatorum ICTORVM concedunt quidem: non indistincte aequalem certitudinem corporis delicti ubique requiri, sed pro diuersitate actuum, in inquisitione occurrentium, gradum etiam certitudinis diuersum desiderant. DM. KRESS. *ad Const. Crim. Art. VI. §. 8.* MATTH: STEPHAN. *ad eund. Art. CARPZ. cit. I. qu. CVII. n. 8. seq.* ipsam tamen certitudinem in quauis inquisitionis parte, absolute, & pro forma requirunt, ita vt hac neglecta, nullitatem committi insanabilem, arbitrentur: B. HEIL *Proc. Inquis. C. I. §. 3.* ERN. COTHM. *Vol. I. Resp. XII. n. 15.* alique ma-

gno numero ab hoc citati. Quam vero incongrue pro essentiali cuiusvis inquisitionis parte corpus delicti, eiusque certitudo reputetur, et quam eueniat saepe, vt certitudine ista, quamvis deficiente, absque ullo tamen crimine aut nullitate et inchoetur inquisitio et finiatur, imo condigna reis imponatur poena; E contra vero, quoties capitale supplicium irrogandum, huic, nisi de corpore delicti constet, nunquam esse locum, quamvis in delictis facti transeuntis, iterum dissentiant D.D. ad vnum omnes, hac ipsa dissertatione euincere allaborabimus.

III.

Ante vero quam laborem istum suscipiamus, de definitione certitudinis corporis delicti erimus solliciti. Hanc autem in omnibus prope Doctorum commentariis frustra quaesueris; quae ICTORUM socordia fere effecit, vt neglecta definitione, in vtilissima hac materia caecutiuerint, qui certitudinem corporis delicti vel cum delicto ipso, vt ROMANVS *diff. de corp. del. in crim. f. p. §. 3. 4.* vel cum indiciis, vt HEIL *in Proc. Inq. C. III. §. 4.* manifesto confundunt. Igitur, vt suppleamus, quod in aliis desiderauimus, certitudo corporis delicti nihil aliud est, *quam scientia de delicto ipso perpetrato, aliunde, quam ex delinquentis confessione hausta.* Haec scientia vel certa est, qualis requiritur in delictis facti permanentis, vel probabilis, qualis in delictis facti transeuntis sufficit. In vtraque enim specie, aliquam adhuc, praeter rei confessionem, requiri de ipso delicto notitiam, infra, suo loco, probabimus. Differt ergo certitudo C. D. primo ab indiciis. Indicia grauant inquisitum, ab eo delictum esse perpetratum; certitudo C. D. sine relatione ad certam personam, ipsum crimen commissum esse, testatur: sic v. g. in homicidio depositio testium, nudato gladio et vestibus sanguine rutilantibus visum fuisse, ad indicia pertinet; ad certitudinem C. D. vero non sufficit, sed

sed ad hanc consequendam, vt per cadaueris inspectionem, ex vulnere inflicto reuera decessisse occisum, h. e. vulnus fuisse lethale; constet, necessarium est. Caueas porro, ne corporis delicti certitudinem confundas cum corpore delicti ipso. Hoc interdum denotat ipsum corpus, in quod peccatum, vt in homicidio, cadauer hominis peremti; in furto, res ablata; interdum corpus quod nocuit; interdum effectum delicti, vt in crimine adulterii et incestus, partum ex illicito coitu natum. Quum ergo vt plurimum differat corpus delicti a certitudini C. D. illud in inquisitionibus regulariter non est necessarium, ita vt sine eo etiam ultimi supplicii poena irrogari queat. Sic fur ceteris paribus, suspenditur, si vel maxime res ablata amplius non exstet. Non minus in adulterio gladii supplicio locus, vtut partus ex isto coitu nullus fuerit conceptus. In quibusdam tamen criminibus, corpus delicti cum corporis delicti certitudine coincidit, quo facto eius quoque existentia ad infligendam mortis poenam necessaria est. Sic v. g. in incendii crimine aedes igne consumtae, corpus delicti sunt, et simul etiam certitudinem corporis delicti constituunt. Aedes igitur combustae, si haud compareant, poenae etiam capitali locus esse non potest. Falsum denique doli probationem ad certitudinem C. D. est necessariam, quod statuit *GRANZ in Def. Reor. C. V. membr. 2. §. 1. §. 31.* ROMANVS *diff. de corp. del. in crim. facti permanent. C. III. §. 1.* Falluntur ergo, qui e. g. in crimine incendii ad certitudinem C. D. non sufficere credunt, vt aedificia incendio sint consumta, sed materiam ipsam desiderant, dolose ad inflammandum positam, vt linteas stupas cum igne, pice, aut puluere bombardico: quae sane, si vera essent, aut raro aut nunquam euenire posset, vt nefandum hoc crimen condigna coerceretur poena, ob deficientem ubique corporis delicti certitudinem. Aedibus scil. deflagratis, cum his ipsa quoque materia ad incendendum posita, in fumum et

flammas plerumque abiit, aut quod ex eo remansit, ex ruinis non facile eruitur. VLP IANVM quidem hic antestantur, qui in *L. 1. §. 24. ad SCtum Syllaniam*. inquit; *Illud sciendum, nisi constet aliquem esse occisum, non habere de familia quaestionem: liquere igitur debet, scelere interemptum, ut SCto locus sit.* Verum loquitur hic I C T V S de casu, si dominus, qui recens testamenti tabulas condidit, et libertatem seruis reliquit, inopinato mortuus reperiatur, atque tunc non nimis praecipitanter quaestionibus seruos subiiciendos esse monet; sed prius constare debere, scelere, i. e. violenta morte herum periisse. Scelus igitur hic violentiam denotat, non praecise dolum. Sed instant dissentientes: certitudinem C. D. esse scientiam de delicto perpetrato; iam vero delictum sine dolo non committi. CARPZ. in *Pr. Crim. qu. CXLIII. n. II.* de delicto ergo constare nunquam posse, vrgent, nisi constet insimul de dolo. Enimuero omne delictum dolosum esse, vix dici potest; dantur enim & culposa. De ipso igitur delicto, i. e. de facto illicito, ut certus sit iudex, necesse est, ut constet insimul de dolo, non aequè.

IV.

Quaeritur:
An necessaria
sit Corp. D. C.
ad inquiren-
dum?

Quibus praemissis, haec ipsa, quam definiuimus modo, certitudo C. D. qua in parte processus Criminalis necessaria sit vel non, dispiciamus. Hic si sequi velimus regulas, saepius praecipitanter nimis ab Interpretibus traditas, vix ullum erit inquisitionis momentum, in qua certitudo ista non summe sit necessaria. Haec igitur DD. effata, quantum valeant, singula processus criminalis capita breuiter examinando, pro instituti ratione inuestigabimus. Primo ergo quaeritur, an certitudo C. D. necessario requiratur ad inquirendum? Affirmatiuam ad vnum omnes fere tuentur, qui nullitatem committi contendunt, si, antequam de certitudine C. D. constet, processus criminalis contra certam personam instituat. Sentit ita HEIL in *Proc. Inq. C. I. §. 3. Circa inquisitionem*, inquit, *generalem*

valem de corpore delicti prior cura esse debet, utpote quod est de forma essentiali totius processus inquisitorii, qua forma deficiente, omnia, quae sequuntur, nulla sunt. Item BEN. CARPZ. in *Pr. Crim. qu. CVIII. n. 4.* Prima pars inquisitionis generalis haec est indagatio criminis siue delicti, de quo iudex ex suspitione quadam inductus certus esse debet, antequam ad inquisitionem specialem perueniat. Expediti namque iuris est, non locum esse inquisitioni, nisi liquido appareat, crimen tale fuisse commissum, super quo inquisitio specialis formari possit. Nec non PROSP. FARNACIVS Oper. P. I. L. I. T. I. qu. I. n. 6. verbis: Primum inquisitionis requisitum est probatio corporis delicti. Nisi enim de eo saltem in genere constet, contra aliquem inquiri non potest. Denique ERN. COTHMANN. Vol. I. Resp. XII. n. 15. sqq. verb. Primo principaliter considerandum est, certi iuris esse, quod ad inquisitionem specialem ordinandam, ad capturam decernendam, vel ad torturam infligendam, iudex neque possit neque debeat commoueri, nisi certissimum et ploratissimum ei sit, delictum esse commissum. Attamen, an vera haec sint, et pro nulla omnino reputanda inquisitio specialis, deficiente certitudine C. D. instituta, non immerito dubitamus. Primo namque deficit genuina ratio, quare, licet de ipso crimine commissio non constet, sufficientia tamen indicia adsint, Titium deliquisse, contra hunc procedi non debeat. Fac, nudum cum nuda eodem lecto fuisse reperi- tum, et alias suspectam conuersationem habuisse cum alterius coniuge, an peccabit iudex, aut nullitatem committet, si, licet deficiente adhuc vtriusque partis vniformi confessione, tanquam certitudine corporis delicti, reos summariter et ad articulos examinet, et caetera persequatur, quae ad specialem inquisitionem necessaria sunt. Finge foeminam, quae pro virgine se gessit, visam fuisse corpore intumesciente, et mox iterum decresciente, pallidam insimul factam, et personam alias suspectam esse. Deficit haecenus corpus delicti et certitudo
infan-

infanticidii; nihilominus tamen Imperator foeminam hoc causa inspicendam ab obstetricibus, et si haec signa quoque perpeti inueniant, tormentis omnino subiiciendam esse, praecipit in C. C. C. Art. XXXV. ex qua abunde apparet, ad inquisitionem formandam non requiri absolute corporis delicti certitudinem, sed sufficere interdum, si etiam absque ista, indicis certa persona, sufficienter grauata sit.

V.

Patrocinator quoque opinioni nostrae *Rescriptum Diui Augusti ad Dicasteria d. a. 1579. Cod. Aug. p. 1098. ibid. p. 1297. §. p. 1301.* Ordinatur in eo Elector Processum inquisitorium eiusque formalia, nihil autem de certitudine C. D. initio statim peruestiganda monet; sed articulos confici, reum ad eosdem interrogari, testes examinari etc. praecipit, atque demum in fine inquisitionis, et antequam poena dictetur, iudicem de veritate C. D. sollicitum esse iubet, verbis; *Daß man sich allerwegen, zuvorn und NB. ehe denn die Strafe ergebe, eigentlich erkundige und gewiß sey, daß auch die That und Mißhandlung, damit der Verbrecher beschuldiget, und darum er gestraft werden soll, wirklich geschehen.* Quodsi igitur peracta demum inquisitione, et antequam poena irrogetur, corpus delicti peruestigari, sufficit; falsum est, quod creditur vulgo, inquisitionem, nisi ante de C. D. constet, inchoari non posse, et nulliter procedere iudicem, qui antequam de delicto certus sit, inquirendo contra certam personam aliquid suscipiat. Hinc etiam plurima apud CARPZOVIVM exstant praecudicia *Scabin. Lips.* vbi finita inquisitione poena etiam capitalis irrogatur, sub conditione demum, si instituta peruestigatione corpus delicti, quod adhuc deficit, certum reddatur: *Da ihr euch nun allbereit erkundiget hättet, oder nochmalß erkundigen würdet, daß obangeregte Stücke gewiß und in Wahrheit verlohren, und ihren rechten Werth nach, 5. Soliden, das sind 5. Gulden, des bestens*

bestens Ungarisch Goldes austragen thäten, und der Gefangne auf sein gethan Bekenntniß für peincl. Hals- Gerichte freywillig verharren, oder des sonst, wie Recht überwiesen würde, so möchte er wegen solches begangenen und bekandten Diebstahls mit den Stränge von Leben zum Tode gestrafft werden. Quamuis dissimulare non possim, hunc ipsum pronunciandi modum in delictis capitalibus perquam periculosum esse, et non facile imitandum, cum non satis sit tutum, vltimum supplicium sub conditione futura adhuc atque incerta inquisito dictare. Hinc hodie quoque Dicafteria, immo ipsi Domini Scabini ab eiusmodi condemnatoriis conditionatis in causis capitalibus, merito abhorrent; potius hoc casu de inuestigando C. D. mere interlocutoriam ferunt sententiam, et demum peracta hac disquisitione, actisque denuo transmissis, an de veritate delicti satis constet, ipsi iudicant, et demum de poena pure pronunciant.

VI.

Quid quod, ipsam etiam poenam imponi interdum posse sine certitudine C. D. expediti iuris est, scil. ad irrogandam poenam carceris, fustigationis, vel similem corporis afflictivam sufficere, si reus aut confessus aut conuictus sit, defectum autem certitudinis C. D. solum impedire supplicium capitale, infra dabimus probatum. Quae si vera sunt, sunt autem verissima, multo magis processus criminalis inchoari, et inquisitio contra certam personam, sine nullitate institui poterit, si vel maxime certitudo ipsius delicti aut deficiat adhuc, aut sperari omnino, vel saltem ante inquisitionem haberi non possit, quia inauditus reus et sine inquisitione praeuia, nunquam est condemnandus, bene autem interdum sine certitudine corporis delicti.

VII.

Haec dum meditamur, incidimus in locum CARPZOVII

in *Pr. Rer. Crim. qu. CVIII. n. 10. sqq.* ubi prima quidem facie per omnia nobiscum facere et a communi DD. asserto recedere videtur. Probat enim ad effectum inquirendi contra certam personam sufficere probabilia indicia criminis commissi, et quoad inquirendum seu procedendum solum sufficere querelam, diffamationem publicam, vel denunciationem. Enimvero, re rectius perpenſa, propius quidem ad nostram opinionem accedit, multum tamen re ipsa adhuc a sententia nostra discrepat, quod confestim intelligitur ex verbis eius supra a nobis §. IV. ex eadem *quaestione n. 4.* citatis, quibus contendit non locum esse inquisitioni, *nisi liquido appareat*, crimen tale fuisse admissum, super quo inquisitio specialis formari possit. Igitur non ea mens esse videtur CARPZOVIO, vt nobiscum ad inquisitionem inchoandam, certitudinem corporis delicti absolutae necessitatis esse neget; sed vt ex *n. 9. cit. quaest.* apparet, in eo saltem DD. erroribus sese opponit, vt urgeat, non requiri certitudinem ad inquirendum tantam, quanta ad decernendam torturam, aut irrogandam poenam necessaria esse creditur, aliquam tamen de corpore delicti notitiam ubique et absolute desiderat, licet ad suscipiendam inquisitionem, leuiorem. At enim vero, vt taceam, ita sibi met ipsi satis non constare CARPZOVIVM, nec hanc doctrinam conciliari posse cum iis, quae modo ex *n. 4. cit. quaest.* allegauimus, ubi dissertis verbis asserit: *liquido constare debere crimen esse commissum*, antequam inquisitioni locus sit; Sane argumenta et rationes, supra a nobis propositae, quibus et ipse CARPZOVIVS pro parte est usus, edocere ipsum utique debebant, non tantum perfectam de veritate criminis commissi notitiam ad inchoandam inquisitionem non desiderari, sed interdum etiam absque omni omnino certitudine non tantum ad inquisitionem, sed ad poenam etiam iudicem recte procedere, id quod ex exemplis eorum, qui

qui indiciis sufficientibus grauantur, §. IV. a nobis exhibitis, satis intelligitur. Quae tamen, si quacunque ex causa tibi displicent, en! cape tibi aliud. Ponamus etiam deesse indicia, sed criminis cuiusdam reum ultro et spontanea poenitentia ductum, facinus confiteri et semetipsum proprio motu accusare, fingamus porro, disquisitione instituta neque ad ullam criminis commissi certitudinem perueniri posse, neque contra delinquentem quaedam comparere indicia, sane reus dimittendus esset hic absque omni vel inquisitione vel poena, si vera essent, quae de necessitate corporis delicti eiusque certitudine somniant vulgo DD. aut saltem, ut vult CARPZOVIVS, probabilia indicia de delicto ipso commissio ad inquirendum absolute essent necessaria. Verum tamen praxis quotidie contrarium nos edocet, et deficiente licet omni corporis delicti certitudine, criminis etiam capitalis reum etsi praeter confessionem nulla prorsus indicia et argumenta occurrunt, ex sola et nuda confessione arbitraria poena fustigationis vel relegationis plectendum esse ipse putat CARPZOVIVS *Qu. XVI. n. 41. 42.*

VIII.

Priusquam vero hanc controuersiam dimittamus, remouendum adhuc est dubium, quod formant aduersarii ex *Resolut. Grau. d. a. 1609. Tit. von Justitiens Sachen N. 5. Cod. Aug. P. I. p. 174.* verb. nicht alsobald mit der Inquisition zu verfahren, zusehrst aber jedesmahl fleißige Erfundigung de corpore delicti eingezoget werde. Possemus hic regerere textum hunc ad Saxoniam Electoralem tantum restringendam, nec legem esse vniuersalem Germaniae: verum non opus est ut ad istam confugiamus exceptionem, potius verba ista, quam minime nobis contraria sunt, nec certitudinem C. D. absolutae necessitatis in decernenda inquisitione esse perhibent, sed id tantum volunt, ut non temere processus criminalis contra

certam personam instituatur, sed quantum fieri potest ante inquisitionem iudex de corpore delicti sollicitus sit. Iam vero nec nos hoc improbamus, nec suasores sumus iudici, vt omissa omni de corpore delicti inuestigatione statim ad inquisitionem aut torturam prouolet, potissimum si haec certitudo facile haberi possit, et reus sit persona honestae conditionis, et indiciis non nimis grauatus. Finge aliquem accusari furti apud Titium perpetrati, Titium in ipso loco aut vicinia commorari, adeoque de furto, vtrum factum sit nec ne, facili negotio comperiri posse, sane improvidus foret iudex, si antequam in ipsam delicti commissi veritatem inquirat statim inquisitionem specialem formare, aut reum tormentis subiicere velit. Fac porro homicidium denunciari in sylua proxima commissum, iudici vtique incumbit, vt perpetrato delicto ante omnia generaliter inquirat, priusquam aduersus certam personam, potissimum si fugae periculum subsit, vel inquirendo vel torquendo procedat. Ponamus denique, reum vltro fateri se Meuium occidisse, antequam ulterius procedatur, opus omnino erit, vt in limine statim disquiratur, vtrum Meuius reuera sit occisus, an non. Igitur id tantum volumus, quod certitudo C. D. non absolutae aut tantae sit necessitatis, vt si disquisitione instituta, notitia ista haberi omnino non possit, omnem inquisitionem cessare debere existimemus. Inquis, quid opus ergo ista peruestigatione, si, licet ad certitudinem corporis delicti perueniri non possit, nihilominus inquisitioni speciali, torturae, immo condemnatoriae sententiae potest esse locus? respondeo; ista inquisitio generalis utique necessaria est in limine statim processus criminalis suscipienda, quodsi enim haec instituta, contrarium prorsus appareat, vtpote, Titius de furto interrogatus, se hoc passum fuisse, negat, cadauer in sylua nullum reperitur, Meuius non occisus, sed adhuc in viuise, tunc

tunc omnis omnino cessabit inquisitio specialis, multoque magis tortura et indicia contra certam personam militantia eo ipso penitus sunt purgata. Adeoque eorum saltim hic contradicimus opinioni, qui, vt ex locis FARINACII, CARPZOVII, HEILII et COTHMANNI supra §. IV. citatis intelleximus, certitudinem de crimine commisso absolute ad inquirendum necessariam esse, perhibent, et corpore delicti nullo comparente, vltius contra personam certam procedi posse negant. Verbo, distinguendum inter inuestigationem corporis delicti et eius certitudinem. Prior vtique necessaria est regulariter ad formandam inquisitionem specialem, non aequae posterior. Quodsi enim inquisitione generali instituta, de delicto perpetrato notitia nulla haberi possit, (modo contrarium et quod factum omnino non sit commissum, aperte haud constat) concurrentibus legitimis indiciis reum grauantibus, et ad inquisitionem specialem et ad torturam, immo pro re nata, ad poenam omnino erit procedendum.

IX.

Alii rursus ex dissentientibus praesidium quaerunt in *L. 1. C. ubi caus. Fisc. verb. non defensae mortis quaestionem apud procuratores nostros non oportere tractari nec bona a fisco peti posse, priusquam de crimine constiterit apud eum, cui conuictis poenam irrogare licet, quis ignorat? Plane defunctis homicidii reis apud procuratores quoque causam agendam esse, ratio permittit.* Attamen nihil reperio in isto textu, de corpore delicti eiusque certitudine in processu criminali, sensus potius legis est, quod causae criminales coram Procuratore Caesaris in prouinciis tractari non possint, i. e. quod earum causarum forum ibi competens non sit, nec bona, quae fisco cedunt, a Procuratore vindicari possint antequam de ipso delicto perpetrato constet apud praesidem, cui merum imperium, ceu stilo hodierno, iurisdictio criminalis in Provincia

compētebat. *Conf.* DIONYS. GOTHOFREDVS *ad L. cit. r.*
 Quod denique ex C. C. C. Art. CLXI. verb. und sich solche
 beyde Diebstāle auf gegründete Erfahrung der Wahrheit als
 hier vor von solcher Erfahrung klärlich gesetzt ist, erfunden, ali-
 qui desumunt argumentum, nos plane non stringit. Citatus
 enim textus non loquitur de inquisitione formanda, nec pro-
 cessum criminalem, nisi de C. D. constet, inchoare vetat, sed
 de imponenda poena agit; quod indicant verba: Darum mag
 derselbige Dieb am Pranger gestellt &c. in quantum vero ad poe-
 nam irrogandam C. D. certitudo necessaria sit, plura dicendi
 infra suppeditabitur occasio.

X.

2. *Quaeritur:*
An certitudo
C. D. requira-
tur ad incar-
cerandum?

Haecenus de certitudine C. D. an & quatenus ad inqui-
 sitionem formandam sit necessaria, sequitur captura. Hanc
 quoque decerni non posse in criminalibus, nisi de veritate de-
 lecti commissi antea constet, docent Interpretes *vid.* GOMEZ
 L. II. *Variar. Resol. c. 9. de capt. Reor.* nec non ERNEST.
 COTHMANN loco supra §. IV. exhibito. Sed ut nobis
 videtur, irritum rursus conatu. Incarceratio enim est particu-
 la inquisitionis specialis, haec orditur plerumque a captura
 s. citatione reali. ILL. BOEHMER *in introd. ad Ius Dig.*
Tit. de Accus. §. 18. HEIL *Process. Inquis. C. II. §. 1.* quae-
 cunque igitur de inquisitione in praecedentibus a nobis dicta
 fuerunt, ea cuncta quoque argumento sunt, corporis delicti
 certitudinem neque ad capturam absolute esse necessariam.
 Dico absolute, quodsi interim haec certitudo facile haberi
 possit et reus de fuga non adeo suspectus, de cetero vero vir
 honestae conditionis, indicia non sint nisi leviora, et crimen
 non nimis atrox, iudex prudens utique in veritatem criminis
 imputati inquireret, antequam in vincula coniiciat reum.
 Quodsi e contrario haec certitudo C. D. aut omnino non, aut
 difficulter haberi possit, aut periculum fugae sublit, et indicia
 contra

contra inquisitum se exerant violenta, non expectanda erit iudici corporis delicti certitudo, sed ea, licet huc vsque deficiente, nihilominus inquisitum sufficienter indiciis grauatum carceri includere et poterit et debet, nisi syndicatus criminis fieri velit reus. Quodsi enim iudici denunciatur ab hominibus fide dignis, Titium passum fuisse furtum magnum, fures in fuga esse constitutos, aut Senapronium violenter esse necatum, aut Meuium adulterii esse reum, eumque sufficientibus indiciis grauatum, deprehendat, an petitam persecutionem et incarcerationem iudex poterit denegare, sub praetextu, quod deficiente iurata Titii depositione, aut inspectione vulneris, aut vtriusque partis uniformi confessione, nondum constet legaliter de certitudine C. D.? ita dicendum, si vera sunt, quae docet communis DD. Schola, et iudex ad capturam decernendam neque potest neque debet commoueri, nisi certissimum et exploratissimum ei sit delictum esse commissum, vt loquitur COTHMANN in loco §. IV. a nobis allegato. Atqui consequens manifesto falsum est, ergo verum esse nequit principium, ex quo falsa ista conclusio necessario fluit. Accedit quod C. G. C. ad incarcerandos delinquentes certitudinem C. D. nullibi desideret, potius Imperator in *Art. XI.* ad legitimam accusationem carceri velit mancipari reum, modo accusator denunciaret delictum, quod meretur poenam capitalem aut corporis afflictiuam, indicatis simul indiciis grauantibus. Pari ratione in *Art. XVIII.* incarcerari iubetur suspectus de crimine et grauatus sufficienter indiciis, nulla facta mentione certitudinis corporis delicti.

XI.

Probauimus, ad inquirendum et in specie ad decernendam capturam, non praecise requiri, vt constet de C. G. D. nec audiendos esse eos, qui, simul ac de corpore delicti certitudinem haberi non posse intelligunt, statim ab omni ulteriori

riori inquisitione iudicem arcent. Datur interim nihilominus species processus criminalis, cui locus omnino non est, nisi de delicto perpetrato eiusque certitudine sufficienter constet. Scilicet Processus Banni in Saxonia praeprimis receptus, aliter locum sibi vindicare nequit, nisi ante omnia de corp. del. iudex sit certus. vid. COLER. *P. I. decis. CVIII. n. 12.* Requiritur namque in hoc Processu crimen tale fuisse admissum, pro quo poena ultimi supplicii nec confesso aut conuicto irroganda venit. Quoties e contrario reus ex causa aliqua poena mortis affici nequit, processus banni aduersus absentem et fugitium cessat, licet, si praesens esset, poena corporis afflictiva puniri possit. CARPZOVIVS *Pr. Rer. Crimin. Qu. CXL. n. 52.* LVDOVICI Cuileit. zum peinlichen Proceß. *C. III. §. 26.* COLER. *cit. loc. n. 10.* Iam vero poena capitalis decerni nunquam potest, nisi de corpore delicti sufficienter constet, ut euincemus infra. Ergo antequam de corpore del. Iudici sufficienter constet, banni processum instituere nullo pacto poterit.

XII.

3. Quaeritur:
An necessaria
sit certitudo
C. D. ad tor-
quendum?

Si captiuus ad articulos inquisitionales examinatus, fateri nolit, indiciis tamen grauatus sit, interrogatur sub tormentis. Quaeritur ergo, an et quatenus ad torturam certitudo C. D. necessaria sit, et vtrum ea deficiente ad quaestiones perueniri omnino non debeat? Ita videtur plerisque, inprimis CARPZOVIO qui in *Pr. rer. crim. Qu. CVIII. n. 15.* etenim, inquit, si non constet de corpore delicti ad torturam nequaquam deueniri potest. Conf. MASCARD, de Probat. Vol. II. concl. 831. n. 7. ILL. BOEHMER in *Iur. Digest. ad Tit. de Quaestion. §. 7.* Hancque indagacionem corporis delicti quoad effectum torturae non minus necessariam esse ajunt DD. ac ad ipsam condemnationem, quae absque dubio fieri nequit, nisi certo, liquide et per plenas probationes de veritate criminis commissi constet. vid.

CARP-

CARPZOVIVS *l. cit. n. 16. et auctr. ibid. cit.* Concludunt enim a minori ad maius, si requiritur certitudo C. D. ad nudam inquisitionem, multo magis ea necessaria est ad decernendam torturam. Enim vero prius non admittimus, ex rationibus, quae in antecedentibus a nobis indicatae fuerunt; ergo nec damus conclusionem istam, quod sine certitudine C. D. deueniri non possit ad torturam. Namque 1) genuina ratio deficit, quare inquisitus sufficienter suspectus, tormentis subiici non debeat, ex hoc solo, quod desit certitudo corp. delicti. Pone Titium quam maxime grauatum indiciiis se aliquot modios frumenti furtim abstulisse Seio; Seium autem, quod absens aut mortuus sit, de furto interrogari non posse, aut, quod nuper contigisse memini, interrogatum: profiteri quemdam magnam sibi deesse modiorum quantitatem, certo tamen periuramentum asseuerare dubitasse, id quod deficit furto sibi esse subtractam cum non penitus impossibile ipsi videatur, vermibus aut muribus id corrosum aut commetiendo forte deperditum fuisse. Deficit hic certitudo C. D. et nihilominus inficianti, indiciiis tamen vehementer grauato, torturam; confitenti autem, poenam etiam corporis afflictiuam dictari posse, nulla prohibet ratio. 2) Torturae locus est, quoties propter delictum ad poenam corporis afflictiuam deueniri potest; iam vero ad poenam corporis afflictiuam condemnatur reus, etiamsi certitudo corporis delicti prorsus deficiat, vt pluribus probatum dabimus infra §. XVI. Ergo ad torturam quoque poterit perueniri, vtut vel maxime certitudo ista haberi non possit. 3) Quotidie fieri assolet, vt suspecti de furto, etiam generaliter sub tormentis interrogentur super factis, in quibus, quia adhuc ignoratur, omnis C. C. D. prorsus deficit: Ob sie sich nicht zeithero des Stehlens beflissen und zu einer gewissen Diebs-Rotte gehalten? Wer ihre Diebs-gesellen sind, oder wie sie heissen und wo sie anzutreffen? Ob sie nicht mit denenselben im Lande herumgezogen, und die Leute hin

und wieder bestohlen? Wem sie eigentlich bestohlen und was sie auf diese Maasse an sich gebracht? potissimum id contigit in saeculariis et burficopis, in quibus tamen ad certitudinem perueniendi, spes omnis cesset. Ignoratur enim vt plurimum ab ipsis saeculariis, qui nam sint isti, quibus hinc et illinc, in nundinis forte, pecuniam et alia pretiosa ex marsupio clanculum subtraxerunt; adeoque, cum de furto quod passi sunt, interrogari nequeant, C. C. D. semper manet in incerto.

4) Tantum abest vt sine certitudine C. D. ad torturam perueniri nequeat, vt potius hanc, ad eruendum demum corpus delicti saepissime adhiberi videas; quod frequenter contingit in crimine infanticidii, ybi, licet cadauere infantis necati adhuc latitante, nihilominus inquisita tormentis subiicitur, subiisque insimul interrogatur: Wo sie mit dem ermordeten Kinde hinkommen? Idem fieri constat in crimine adulterii ubi utriusque partis confessio tanquam certitudo C. D. ante torturam haberi nequit, et tamen alterutra vel vtraque parte adulterium, vel eius consumationem negante quaestionibus subiiciantur, qui indiciis sufficienter grauati sunt, ita nuperrime in causa C. Wittigs et C. Hornin, cum adulter crimen confiteretur, adultera consumationem negeret, et sic certitudo C. D. deesset, ream inficiantem, tormentis esse subiiciendam, pronunciauit *Facult. Iur. Lips. M. Aug. h. a.* ad requisitionem Iustitiarii Schoenbergensis, sequentem in modum: So erscheint daraus und sonst allenthalben so viel, daß wenn Inquisitin ihr Geständniß anderweit in Güte richtig nicht thun will, man wohl befugt, dieselbe dem Scharfrichter auf diese Maasse zu untergeben, daß er sie mag ausziehen, entblößen, zur Leiter führen; die zur Peinlichkeit gehörigen Instrumenta vorzeigen; die Daumstöcke anlegen und damit zuschrauben, iedoch daß es bey dem, wie igt gedacht, verbleibe, und mit Inquisitin für diesesmal nichts vorgenommen werde; dabey sie denn mit allem Ernst zu befragen: Ob sie nicht, als sie am 14. Merz dieses Jahres Abends in
der

der Mühle auf der Ofenbank hinter der Hölle, imgleichen ohngefähr 14. Tage vorher an einem Sonntage in dem Strohhalle, mit Christian Wittichen Unzucht und Ehebruch getrieben? Sie jedes mal das Werk der fleischlichen Vermischung mit ihm wirklich vollbracht, und Wittich dabey seinen Saamen in ihren Leib eingelassen? Wenn nun ihre in Güte oder vor dem Scharfrichter gethane Aussage mit besonderm Fleiß aufgezeichnet, zu denen Acten gebracht, und nebst diesen wieder überschickt wird, so ergeheth ernannter Hornin, imgleichen Christian Wittigs Bestrafung halber und sonst ferner was recht ist. Idem obtinet in furto qualificato, quod sit armis, vbi praecise requiritur arma ea intentione a furibus esse, comprehensa vt iis vim inferant resistentibus. Quodsi enim casu, et citra istum animum fur arma secum habeat, furtum qualificatum haud est. Hinc Imperator in C. C. C. Art. XLIX. inquit: So aber ein Dieb in vorgemeldtem Stehlen iemands bey Tag oder Nacht in seine Behausung oder Behaltung bricht oder steigt, oder mit Waffen, damit er iemand der ihm Widerstand thun wollte verletzen möchte, zum Stehlen eingetretet &c. Ad corpus delicti igitur hic, vt in adulterio, requiritur duorum pluriumue sociorum uniformis, confessio, se hoc animo arma sumfisse, quae si desit, nihilominus tortura ad id infirmul eruendum, decernitur. Ita responderunt Dm. Scab. Lips. ad requisitionem Praefecti Martisburgensis in causa H. B. Brachers und Cons. Ao. 1732. Bobey er denn mit allem Ernst zu befragen: Ob nicht bey Ausübung des Inhalts Art. 46. im Sept. 1729. an Martin Gottschalken zu Bölkau begangenen Diebstals, seine Diebsgesellen Hoffmann und der so genannte Hamster Hans, zu dem Ende geladen Schießgewehr bey sich gehabt, daß sie sich dessen zu Ausübung Gewalt gegen diejenigen, so sich ihnen widersetzen möchten, gebrauchen wollen? Ob nicht Inquisit vorher gewußt, und darein gewilliget, daß selbige solch Gewehr und zwar in dergleichen Absehen damals mit zum Diebstal genommen? Ob nicht

nicht auch Inquisit und seine Diebs-Cammeraden dergleichen mit sich zu nehmen, in solcher Vorsorge vorher abgeredet? 5) Denique ipsa etiam C. C. C. Art. XX. ad torturam id tantum, vt inquisitus indiciis sit grauatus desiderat, de certitudine autem corporis delicti vbique fileat.

XIII.

Equidem dissentientes 1) prouocant ad Art. XVII. C. C. C. in quo Imperator praeter indicia ad torturam sufficientia desiderat quoque, vt ante omnia de C. C. D. constet. Enim vero hic articulus absolute non prohibet torturam sine certitudine corp. del. decerni, sed tantum iniungit iudicibus, vt non temere id faciant, sed quantum fieri potest, in corpus delicti ante tormenta inquirant, *verb.* So viel möglich und nach Gestalt und Gelegenheit in den Sachen geschehen kan. Atqui nec nos hoc inprobamus, potius, vti ex supra dictis §. VIII. intelligitur prudens iudex nunquam ad inquisitionem, multo minus ad torturam progreditur, nisi antea corpus delicti, quantum fieri potest, indagauerit, eum in finem, vt si liquido postmodum appareat, delictum omnino non esse perpetratum, inquisitum penitus dimittat. Quodsi e contra peruestigatione ista instituta, corpus delicti maneat in incerto, nihilominus tormentis subiici potest indiciis legitimis grauatus, ad eliciendam eius confessionem. Commendanda ergo vtique est indagatio C. D. tempestiue instituenda, laudandus iudex, qui antequam corp. del. fuerit percunctatus, ad torturam procedere formidat. Sed taxandus tamen CARPZOVIVS, qui cum comuni DD. Schola, quando praeuia fedula indagatione, corpus delicti manet dubium, omnem cessare vltiorem inquisitionem, et inquisitum penitus dimittendum esse, perhibet. 2) VLPPIANVM iterum in partes vocant, in L. 1. §. 24. de Scto Sylanian. cuius verba supra exhibuimus §. III. Verum perperam hic textus de quaestionibus seruorum loquens, applicatur ad torturam hodiernam. Nouimus seruos Romanorum, potis-

potissimum in causa, si dominus esset occisus, interrogari non potuisse nisi sub tormentis. *vid. TENZEL. diss. de tortura testium C. II. §. 4.* His igitur subiiciebantur, etiamsi de nece domini nullis indiciis grauati, sed vt testes tantum examinandi essent. Monet ergo hic I C T V S, vt in torquendis seruis circumspcctus sit iudex, et nisi de corp. del. et quod dominus reuera scelere, h. e. violenter occisus, certus sit, ad torturam non facile procedat, ne citra vllam iustam causam, innocentes serui tormentis subiiciantur. Hodie vero, vbi praeuia legitima Inquisitione non nisi de crimine suspecti et indiciis sufficientibus grauati ad torquendum carnifici traduntur, tanta ac olim circumspcctio in eruenda corporis delicti certitudine, vix est necessaria.

XIV.

Equidem hic quoque C A R P Z O V I V S nobis consentire videtur, in *Proc. Crim. Qu. CVIII. n. 18. sqq.* sed videtur tantum, re ipsa autem a sententia nostra alienus est, vti ex loco supra citato §. XII. intelligitur. Scilicet dissentit tantum ab iis iterum, qui perfectam certitudinem corporis delicti ad torquendum requirunt, atque minorem hic veritatis gradum sufficere contendit. Liquido inquit de C. D. constare debere ad effectum condemnationis; ad torturam vero, vt ex indiciis probabilibus corpus delicti certum sit, sufficere. *vid. cit. Qu. CVIII. n. 9.* Verum rationes *§pho praecedent.* a nobis expositae, quibus et ipse pro parte vsus est, facile eum poterunt edocere, non tantam plenariam criminis certitudinem ad carnificinam necessariam non esse, sed si vel maxime de C. D. omnino non constet, nihilominus ad torturam certo modo perueniri posse. Etenim si verum est, vt caetera taceam, sine certitudine C. D. reum ad poenam etiam corporis afflictiuam condemnari posse, quod ipse concedit laudatus I C T V S *cit. qu.* Liquido inde fluit, torqueri etiam posse, iudiciis sufficienter grauatum, etiamsi de delicto ipso nullo modo constet,

flet, ne prae fracte infitiando, pro merita poenam callide subterfugiat.

XV.

Quae hactenus dicta a nobis sunt de tortura, ea de primo eius saltim gradu, i. e. pollicum compressione, quae territio realis vulgo audit, intelligimus; de tortura proprie sic dicta non aequae, immo ne quidem de additamento, territionis seu initio funiculorum. Torturam namque ipsam, sine certitudine Corp. Del. dictitari non posse facile largimur. Haec enim nunquam decernitur, nisi in delictis, poenam mortis irrogantibus; in non capitalibus vero, vltra primum gradum, seu pollicum compressione non facile proceditur, ne medium eruendae veritatis durius sit, ipsa poena, quam per hoc declinare reus intendit; adeo, vt ne quidem initium funiculorum decerni possit in criminibus non capitalibus, nisi ob violenta indicia aut alias causas grauissimas. Quodsi igitur vltra primum gradum procedere velit in torquendo iudex, necessario certus esse debet, quod secuta sub tormentis confessione capitali supplicio reus plecti possit; de hoc autem certus omnino esse nequit, nisi ipsi de corpore delicti eiusque certitudine sufficienter, constet. Sine hac enim, vt *Spho subseq.* euincemus, ad mortem nemo est condemnandus; Ergo nec ad alium quam primum gradum torturae. Quodsi igitur propter indiciorum criminis grauitatem, vltra forcipes procedere velit iudex, et tamen non ad delicti certitudinem perueniri possit, differenda est tortura, donec per diligentem inuestigationem aut corpus delicti certum fuerit redditum, aut ad certitudinem aliquam perueniendi, spes nulla relicta sit. Casu posteriori forcipibus tantum, priori funiculis quoque eorumque plenariae reciprocacionis, immo plenae omnino torturae potuit esse locus.

XVI.

An vero ad poenam infligendam corporis delicti certitudo

tudo necessaria sit, noua emergit quaestio. Vulgo inter delicta facti transeuntis et permanentis distinguunt. In his quidem non vero in illis requiri corporis delicti certitudinem, plerique contendunt. Verum sicut DD. certitudinem C. D. frustra saepe et citra sufficientem rationem desiderant; vt in instituenda inquisitione et decernenda tortura, vt §. *praeced.* modo intelleximus; ita e contrario delicti veritatem perperam saepius negligunt, vbi et lex et ratio eam praecise requirit. Etenim, non esse capitali supplicio locum, si de delicto ipso, aliunde, quam ex delinquentis confessione, non constet, plura documento sunt; licet erronee vulgo etiam sine certitudine C. D. in criminibus facti transeuntis, reum capite plectendum esse, iudicent. Equidem CARPZOVIVS in hac doctrina sibi metipso satis non constat; mox enim in delictis facti transeuntis, nullam requiri certitudinem C. D. arbitratur; mox vero praeter confessionem rei, indicia et praesumptiones validas et a iure adprobatas, etiam in hoc delictorum genere, desiderat. Plerique tamen interpretum, priorem sententiam amplectuntur, et in delictis facti transeuntis delinquentis confessione contenti sunt, atque ab hac solum, deficiente licet omni caeteroquin certitudine, mortis supplicio locum esse contendunt. Nos, supposito omni auctoritatis praeiudicio, sola veritate et aequitatis ratione inspecta, quid nobis videatur, exponamus. Neminem vero sine sufficiente certitudine C. D. ob solam confessionem, morti esse tradendum, siue delictum sit facti permanentis, siue transeuntis, sequentes rationes euincunt. Vita 1) humana res est inaeestimabilis, et in hominis potestate aut arbitrio haud posita, ex quo sequitur, quod per propriam confessionem sibi nemo vitam adimere aut mortem adsciscere possit, sed ad poenam capitalem infligendam necessarium sit, vt praeter delinquentis confessionem, aliunde etiam constet, delictam reuera esse perpetratum, ne forsan vitae taedio commotus, aut errans, aut mentis alienationem passus, aut

4. *Quaeritur:*
An necessaria
fit cert. corp.
del. ad impo-
nendam poe-
nam?

aut denique dolorum impatientia, sub tormentis adductus, crimen quis confiteatur, quod commissum nunquam fuit. Expresse hoc perhibet *Maud. Elect. d. a. 1579. Cod. Aug. P. I. p. 1078.* Jedoch muß man sich in alle wege zuvor, und ehe denn die Todes-Strafe ergethet, eigentlich erkundigen und gewiß seyn, daß auch die That und Mißhandlung, damit der Verbrecher beschuldiget, und darum er bestraft werden soll, wirklich geschehen. *vid. ibid. p. 1297. et p. 1301.* Nulla hic distinctio fit inter delicta facti transeuntis et permanentis, sed utrobique Cert. C. D. perhibetur necessaria. Ergo lege non distinguente, nec nostrum est distinguere. Tandem 3) iam dudum ita pronunciarunt *Scab. Lips. apud CARPZ. Qu. CVIII. n. 29.* verb. darüber noch zu Recht ferner versehen, daß keinem Uebelthäter auf sein blosses Bekenntniß, ohne Erkundigung der That, die ordentliche Todes-Strafe soll auferlegt werden. Ex quamvis ipse CARPZ. *ei. loc.* ad delicta facti permanentis id restringere malit, verba tamen generaliter sint concepta, et iuris oeconomiae, nec non aequitatis rationi, apprime respondent. Nec est, quod obiicias, futurum ita, ut pleraque delicta maneant impunita. Primo namque hoc falsum est, quia cessat tantum hoc casu poena capitalis, extraordinaria vero, quae etiam usque ad coepris afflictivam extendi potest, delinquenti nihilominus manet. Deinde idem quoque in delictis facti permanentis dicendum foret. In his enim, nisi de crimine ipso sufficienter constet, capitali supplicio locum non esse, omnes consentiunt, et nihilofecius tamen, illud iustitiae vindicatoriae obesse non creditur, nec delicta propterea manere dicuntur impunita.

XVII.

In eo tamen superest inter delicta facti transeuntis et permanentis diuersitas, quod in illis qualisqualis notitia de delicto perpetrato sufficiat, ex probabilibus coniecturis hausta, cum crimina haec vestigium nullum relinquant, et sic certitudo omnimoda aut corp. del. proprie sic dictum, sperari non possit.

possit. In del. f. perm. vero plenaria certitudo C. D. requiritur. Sic, vt rem exemplo declaremus, in homicidio v. g. non sufficit cadauer hominis valnerati, sed insuper quoque necesse est, vt ex sectione liquido appareat, occisum e vulnere isto reuera decessisse, h. e. vulnus fuisse lethale. Quod si igitur cadauer iam humatum & putredine confectum, inspicere non possit, cessat poena capitalis, in extraordinariam hoc casu commutanda, ob deficientem C. D. certitudinem plenariam. In infanticidio quidem tam certam scientiam non requirunt DD. potius si CARPZOVIO credimus, in *Qu. XVI. n. 14.* iudex in hoc delicti genere poenam ordinariam tuto exequitur, licet totum corpus occisi infantis oculis non subiiciatur, modo ossa vel cranium tantum infantis, in eo loco, quem mater significauit, fuerit repertum. Hoc interim certum est, nisi constet insimul partum fuisse vitalem, non adesse sufficientem de crimine commisso certitudinem et sic ad poenam capitalem tuto perueniri vix posse. Ex quibus autem indiciis de vita infantis iudicari possit, quaestio medica est, quorum iudicium sequuntur iudices et lecti in dictitanda pcena. Desumunt plerumque signum ex pulmonibus, qui si natant super aqua, infantem respirasse et viuum fuisse editum autumant, si submergantur, partus in vtero adhuc decessisse creditur. An fides huic experimento haberi debeat, an vero fallat, aliorum est iudicium *conf. BEYER ad C. C. Artic. XXXI. Posit. 21. seqq. LVDOVICI ad C. C. G. Artic. XXXV. HEIL. Proces. Inquisit. C. I. § 7.* Non tamen possumus non hac occasione addere casum singularem ex Actis contra E. E. Pragerin, ex iudicio Muhlthoffensi *ad Scabinat. Lips. a. 1733.* transmissis, vbi alter lobus super aqua natauerat, alter non; qui experimentum illud de pulmonibus admodum reddere videtur suspectum, quamvis nihilominus medicus secans, partum viuum fuisse editum, inde iudicauerat. Verba ipsa relationis de sectione peracta subnectamus. Und da man auch beyde lobos pulmonis in eine suffiziente Quantität Wassers gethan, hat man regardiret, daß der lobus sinister mehr in die Höhe geschwummen, der rechte aber völlig in Boden gesunken. Worauf man die pulmones in Stückgen zerschnitten, da sich denn die Stückgen vom lobo sinistro

stro vom dextro wieder distinguiert, und in die Höhe geschwommen. In infimo ventre hat sich weiter nichts verdächtiges ereignet, sondern es sind sowohl die viscera rubore praedita, als intestina, frisch, und in ihrem situ naturali ohnbeschädigt gelegen. Aus also befundenen und vorherangeführten signis ist nun nicht zu zweifeln, daß das Kind bey der Geburth frisch und lebendig gewesen, demselben aber, entweder in wärendender Geburth, oder gleich darauf, der Hals von der linken gegen die rechte Seite gewaltsam umgedrehet, und es zu suffociren genöthiget worden. Wie denn solches durch verschiedene angeführte signa, und durch das angestellte Experiment cum pulmonibus, gar wohl zu erweisen ist. c. Reichenbach den 10. Ian. A. 1733.

D. G. D. Phys. Provin. Reg. et Elect. iurat.

XXH.

In delictis facti transeuntis tanta quidem certitudo ac in prioribus nec desideratur, nec haberi potest, aliqualis tamen necessaria est de delicto perpetrato scientia, aliunde, quam ex confessione delinquentis hausta. In adulterio vtriusque partis vniformis confessio loco certitudinis corporis delicti est, qua deficiente, vtpura si alterutra pars aufugerit aut mortua sit, aut in negando etiam sub quaestionibus perseueret, poena capitalis imponi non potest. In furto qualificato itidem duorum pluriumve sociorum confessio, quod arma ea intentione fuerint adhibita, vt vis inferatur resistentibus, hinc ad confessionem istam eliciendam et inde irrogandam poenam capitalem, tormenta quoque adhibentur. Conf. §. XII. et sic in reliquis.

XIX.

Sed quid dicendum de criminibus magis adhuc occultis, ut v. g. sodomia? in hac sane nequidem vtriusque delinquentis confessio, quae in ceteris delictis carnis loco certitudinis est, potest haberi. Hoc tamen non obstante, quam vis certitudo C. D. proprie sic dicta desit, ex sola tamen et nuda confessione, nisi aliunde adhuc delictum commissum esse probabile fiat, propter rationes supra §. XVI. indicatas, delinquentem capite puniri non posse, nullus dubiro; potius in subsidium hoc casu vocanda indicia contra inquisitum militantia, quae, quamvis a certitudine C. D. proprie sic dicta differre,

differre, suo loco monuerimus, ceteris omnibus tamen, quae loco corporis delicti esse possunt, deficientibus, erunt arripienda, cum ex his quoque delictum commissum esse quodammodo constet, ne ex sola delinquentis confessione mortis poena irrogetur. Finge visum fuisse reum a tergo animalis, cum quo sodomia dicitur commissa, nudato pene, tali instatu, qui ad coeundum aptus est; aut testem, se coitum ipsum cum animali, s. immissionem membri in pudenda eiusdem vidisse, iurato deponere, locus utique erit poenae capitali. Si vero haec quoque desint ultra poenam extraordinariam perveniri non posse, existimamus. Fateor, haec tantum esse indicia, interim tamen in tali crimine occulto loco corporis del. requiruntur, et sine iis, ex sola confessione ad mortem condemnari inquisitus nequit. Atque ex his ferri potest iudicium, quid sentiendum sit de casu, *Facult. Iurid. Lips.* haud ita pridem *Mens. Iul. b. a.* oblato. Scilicet J. G. E. blasphemiae inculpatus, crimen statim confitebatur, praeter hanc autem rei confessionem nihil erat, quod ipsum grauarer, nisi inculpatio pueri, qui tamen nondum erat eius aetatis, ut ad iuramentum admitti posset; quaerebatur ergo; an sola delinquentis confessio sufficiat ad irrogandam poenam mortis? Nos saluo aliorum iudicio putamus quod non, quia ex rationibus *ghpi XVI.* ob nudam et solam confessionem, hominem mori, iniustum est, et omni, praeter confessionem, certitudine deficiente, non nisi extraordinaria poena, ut fustigationis, dictanda est. *Ex sola enim et nuda confessione ad mortem nemo condemnandus*, inquit CARPZOVIVS *Qu. XVI. n. 41.* qui, ut nobis alias contrarius sit, hic tamen velit nolit revera nobis suffragatur, hancque decisionem suam, testimoniis summorum *ICTORVM*, quos magna copia ibidem allegavit, corroborat.

XX.

Hactenus ostensum fuit in dictanda poena parum referre, utrum delictum sit facti transeuntis, an permanentis; sed in utraque aliquam adhuc praeter confessionem delinquentis, requiri certitudinem, et delicti commissi notitiam, nisi quod in posterioribus certitudo regulariter plenaria, desideretur, in reliquis probabilitas etiam sufficiens sit. Malimigi-

tur circa quaestionem supra §. XVI. motam, vtrum certitudo C. D. ad condemnandum necessaria sit, distinguere inter delicta capitalia vel non capitalia. In illis poena ordinaria irrogari nequit, nisi quodammodo praeter confessionem de delicto ipso constet, in his vero citra ullam corporis delicti certitudinem condemnationi locus est. Prius ex iis, quae praecedentibus §phis dicta sunt, intelligitur, restat, vt probeamus posterius. Equidem CARPZOVIVS *Qu. CVIII. n. 39. in fn.* ad poenam quoque non capitale, praesumptiones adminimum, et coniecturas, ex quibus criminis perpetrati veritas probabiliter saltem colligi queat, desiderat; sed citra rationem sufficientem, potius certitudine corporis delicti omni licet deficiente, poenam tamen non capitale dictitari posse, patet *ex Constit. Elect. Sax. P. IV. Const. 33.* potissimum rubrica eius und doch solches in der Nachforschung nicht zu befinden ist. Et quamvis dicta constitutio de furri crimine tantum disponat, eam tamen ad cetera quoque delicta applicari posse, cum nulla diversitatis appareat ratio, dubium haud est. Et quamvis etiam *in Mandat. Elect. d. a. 1579. supra* a nobis citato, generaliter disponatur: iedoch muß man sich in alle Wege zuvor, und ehe denn die Strafe ergethet eigentlich erkundigen und gewiß seyn, daß auf die That und Mißhandlung, damit der Verbrecher beschuldiget und darum er bestraft werden soll, wirckl. geschehen; idque propter verborum generalitatem de quibuscunque delictis, etiam non capitalibus, intelligendum esse, videatur; tamen verbum Verbrechen, graviora tantum crimina denotat et ex constitutione supra allegata 33. poenas non capitales, deficiente licet corpore delicti, irrogari posse, constat; cui constitutioni, cum in *cit. mandat.* ei non expresse fuerit derogatum, hodiernum locum esse, dubitari non debet. Atque ita quotidie adhuc pronunciatur, poenaeque etiam corporis afflictiva dictatur, licet corpus delicti et eius certitudo in totum desit; sicut nuperrime modo respondit *Fac. Iur. Lips.* in causa adulterii, contra C. Wittichen et C. Hornin, cuius supra §. XII. fecimus mentionem, cum adultera in tortura negando constanter perseveraret, et acta denuo transmitterentur, *mens. Sept. h. a.* ad interrogationem Institiarii Schoenbergensis: Hat Christian Wittich, als er Articulsweise vernommen worden in Güthe gestanden und

und bekandt daß ohngeachtet er ein ihm angetrautes Eheweib habe, er dennoch am verwichenen 14. Merz bey der Dorff-Müllerin Cathar. Hornin als ihr Ehemann Christian Horn verreiſet gewesen die ganze Nacht in der Mühle geblieben, und mit ſelbiger in der Hölle auf der Ofenbanck Unzucht und Ehebruch getrieben, ſein männlich Glied in ihre Schaam gebracht, und ſeinen Saamen in ihren Leib gelassen, in gleichen daß er kurz vorher an einem Sonntage Abends mit ernandter Hornin in Stroh Stalle ebenfalls Unzucht und Ehebruch begangen, Catharina Hornin aber, als ſie unſern vorigen Urthel zu ſolgeden Scharffrichter auf gewiſſe Maasse untergeben worden vor dem ſelben erhalten, daß als ſie am 14. Merz dieſes Jahrs Abends in der Mühle auf der Ofenbanck hinter der Hölle, in gleichen ohngefehr 14. Tage vorher an einem Sonntage in dem Stroh-Stalle mit Christian Wittichen Unzucht und Ehebruch getrieben, ſie das Werck der fleiſchlichen Vermischung mit ihm würcklich nicht vollbracht, und Wittich dabey ſeinen Saamen in ihren Leib nicht gelassen. Ob nun wohl der erſtere ſeines vorher geführten guten Lebens-Wandel und dieſerhalben erhaltenen Attestata sub A. und B. vor ſich hat, in gleichen ſein freywilliges Bekentniß ſo wohl daß er von der Hornin darzu verleitet worden vor ſich anführet, hiernächst deſſen Eheweib ihm zu verzeihen Gerichtlich ſich erkläret.

Demnach aber und dieweil derſelbe daß er als ein Ehemann mit Catharinnen Chriſtoph Horns Eheweibe Unzucht und Ehebruch getrieben auch das Werck der fleiſchlichen Vermischung mit ihr würcklich vollbracht, einräumen müſſen, hingegen die vorgeschüzte Verführung ſo wohl deſſen freywilliges Bekentniß in dieſen delicto ſo wenig zu attendiren, als des Eheweibes Remiſſion in adulterio duplicato hieſiger Lande Rechte nach ihm zu einiger Linderung der ſonſt verwürckten Straffe dienen kan, inzwiſchen da die Hornin die Vollbringung des Ehebruchs beſtändig verneinet, auch ſolchen ihnen Vorwand unter der Mact erhalten, mithin vtriusque partis uniformis confeſſio und mit dieſer die Gewiſſheit des corporis delicti ermangelt, die auf dieſes Verbrechen ſonſt geſetzte ordentliche Todes-Straffe hinweg fällt, hierüber der Hornin Ehemann ihr zu verzeihen und gebrochener Treu und Glaubens ohngeacht ihr ferner eheſich beyzuwohnen ſich erkläret, und dieſe Remiſſion der Inquisition geſtalteten Sachen nach und in Anſehung daß an Seiten ihrer nach ausgeſtandenen Peinlichkeit die bekante fleiſchliche Vermischung

vor seinen würclichen Ehebruch weniger pro duplicato zu achten, auch wieder die Leibes-Straffe zu statten kommen muß,

So ist Christian Wittich und Catharina Hornin des begangenen und gestandenen Verbrechens halber und zwar der erstere mit Staupenschlägen, die Hornin, aber ohne solche Leibes-Straffe hiesiger Lande, worunter auch die Sachsen-Querfurthischen zu verstehen, und woraus der Hornin ihr Ehemann mit wesentlicher Wohnung zu folgen schuldig, auf ewig zu verweisen zc. zc.

XXI.

5. *Quaeritur:*
An certitudo
C. D. necessa-
ria sit ad exe-
cutionem in
effigie facien-
dam?

Sed quid inspecie dicendum de executione in effigie, an huic locus esse poterit, si de certitudine C. D. non constet? videri possit quod non, quia 1) surrogatum sapit naturam eius, cui surrogatum est. Atqui poena capitalis, cui executio in effigie surrogatur, exequi non potest, nisi iudex de ipso delicto certus sit. 2) fama, quae in executione, etiam in effigie facta, periclitatur, cum vita pari passu ambulare dicitur, cui consequens esse videtur, quod sicut vita non adimi, ita nec famae derogari possit, sine C. C. D. At enim vero surrogatum et id, cui quid surrogatum est, itemque vita atque fama, quamvis in vno vel altero tertio quodammodo conueniant, simile tamen hoc, ultra illud ipsum tertium non est extendendum. Differunt utique in multis vita et fama. Fama ab delicto quoque non capitale amittitur, vita non aequae, fama restitui potest, vita semel amissa recuperari nequit, et sic in reliquis. Cum igitur rationes, supra §. XIV. a nobis adductae ad solum capitis supplicium, quadrare videantur, si delinquens antequam poena in eum statuatur a carcere aufugerit, executionem poenae capitalis in effigie fieri posse, etiam si certitudo C. D. desit, nulli dubitamus.

XXII.

6. *Quaeritur:*
An certitudo
corporis Del.
requiratur ad
exasperan-
dam poenam
capitalm.

Ultimo loco quaeritur, an Corporis D. certitudo necessaria sit, ad exasperandum supplicium capitis. Vtpote Titius confitetur crimen, cuius poena gladius est aut laqueus, et de cuius certitudine sufficienter constat, sed inculpatur adhuc criminis atrocioris, quod poenam rotae, ignis, vel similem acerbiolem meretur. Posse hoc casu, ad eruendam confessionem, quaestionibus denuo subiici inquisitum negantem, nuper peculiari dissertatione demonstravit *Vir Excellent Dn. D.*

10. FLOR. RIVINVS. Quodsi vero sub tortura, vel etiam sine ea, atrocius hoc crimen confiteatur, certitudo autem C. D. sufficiens desit, an rotae vel ignis poena statui in eam poterit? Puto quod sic, cum per confessionem criminis atrocioris mortem sibi non acceleraret reus, quippe quam iam ob aliud crimen, in quo de certitudine corporis delicti nullum dubium fuerat, promeruit; sed dolores tantum maiores, seu durius genus supplicii, sibi attrahit, quod per solam confessionem, absque vlla corp. del. certitudine, fieri posse, nulla prohibet ratio. Contrarium tamen videbatur *Dominis Scabinis Lips. Mens. Mart. 1733.* in causa contra Hans Hoffmann, ad requisit. *Senat. Martisburgens.* Scilicet confessus fuerat inquisitus sub tormentis furta varia, de quibus erat interrogatus, et intuitu quorum de certitudine non dubitabatur, sed insuper confessus quoque fuerat latrocinium, in foemina quadam commissum. Repertum etiam erat tunc temporis cadauer foeminae violenter necatae in aqua sub pago *Ockendorff.* Antequam igitur poena furcae, quam iam aliunde promeruerat, exasperaretur, et in rotae supplicium conuerteretur, necessarium ducebant laudari *Dn. Scabini*, ut ad eruendam C. D. certitudinem antea interrogaretur inquisitus, an cadauer foeminae, iuxta laterr. 25. a se atque complicibus necatae, sub pago *Ockendorff* in amnem fuerit projectum. Hinc sequentem ferebant sententiam interlocutoriam: *Diemeil auf die Ratification ic. So will von nöthen seyn, daß zuörderst ernannter Hoffmann ic. ob der Körper dieser ermordeten Weibes, Versohn, Innhaltis Interrog. 25. von ihm bey Ockendorff ins Wasser geworfen worden, befragt, und seine Aussage darauf mit besonderm Fleiße aufgezeichnet werde. Ergeth sodann, sowohl seiner Bestrafung, als auch Hans Peters und Reginen Hoffmannin wegen, weiter was recht ist. Von Rechts wegen.*

E R R A T A.

P. 17. lin. 14. pro quemdam lege quidem. l. 32. pro oder wie sie heißen, leg. wie sie heißen. p. 18. l. 4. pro cesset leg. cessat. l. 19. pro subiiciantur, leg. subiciuntur. lin. 31. pro für dieses mahl nichts, leg. für dieses mahl weiter nichts. p. 20. lin. 2. pro in solcher Vorsorge, leg. in solchem Vorsage. p. 21. l. 25. pro tantam leg. tantum. p. 22. l. 11. pro Compressione l. Compressionem. l. 23. pro indiciorum criminis, leg. indiciorum et criminis. p. 23. l. 20. pro solum, leg. solam. lin. 22. pro supposito, leg. seposito. l. 27. pro vita 1) lege 1) vita. l. 32. pro delictam, leg. delictum. p. 24. l. 5. omittatur verbum Todes. l. 17. pro sint, leg. sunt. l. 21. pro coeorporis, l. corporis.

P R A E S E S
DN. RESPONDENTI
SALVTEM.

Quod haecenus priuatim Professoribus Tuis et prae ceteris mihi comprobasti praeclarum ingenium, illud edito hoc specimine Academico, publice nunc prodis. Exemplo tuo egregie docuisti non esse in ullius Doctoris verba iurandum, interpretum errores circa doctrinam de necessitate corporis delicti in processu criminali modeste detexisti; non potuisti concoquere, criminis certitudinem haberi vulgo pro absolute necessaria, ubi ratio id nulla suadet, e contra vero negligi a plerisque, ubi ea iudicem carere non posse, res ipsa loquitur. Ostendit solida tua haec elaboratio vitam, per otium in Academia nostra Te haud transegisse. Oblectat me auditoris industrii eruditio, et per ardua enitentiis studium. Nunc me duce in cathedram, propria virtute comite ad ampliora contende, certoque tibi persuadeas quaecunque tibi aliquando eruditionis et virtutis obuentura sunt praemia, ea me cuncta opinione iam augurari.

Vale.



ANT 3667